

L'ÉTAT DE DROIT ENTRE ENCHANTEMENT ET DESENCHANTEMENT

Yves POIRMEUR*

ABSTRACT: *Conceived as a basic organizing principle of the democratic societies, the rule of law consecrated itself in France by its organizational principles (the existence of judicial mechanisms that subject the administrative and legislative acts to the law), formal principles (the existence of a hierarchy for the legal rules) and substantial principles (the existence of a corpus of guaranteed rights), a fact that generated a dramatic progress in respecting human rights and fundamental liberties. Nevertheless, the process of redefining democracy as a procedural and communicational democracy as required by the institution of the rule of law and its adjacent jurisdictional action, as well as the eroding of the guarantees that it presents to the new threats, to the emerging authoritarian liberalism and to the neo-liberal priority functioning on the market, all these create a certain disappointment about the idea of the rule of law, which rests only as an ideal tributary to the whims of history and political powers.*

KEYWORDS: *rule of law, democratic societies, France, human rights, political power.*

JEL CLASSIFICATION: *K 10*

Désignant au XIXe siècle, un *régime de droit* dans lequel le pouvoir « ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre »¹, la notion d'État de droit a connu, au cours du XXe siècle un remaniement conceptuel qui a permis de l'ériger en *principe organisateur cardinal* des sociétés « *vraiment démocratiques* »². Mis en avant pour sa capacité à satisfaire l'exigence rationnelle³ que

* Professeur de science politique à l'Université de Versailles Saint-Quentin

¹ J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, 2010, p. 14.

² Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la prééminence du droit est l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique : CEDH, 29 novembre 1988, *Brogan c. Royaume-Uni*.

³ Pour Carré de Malberg, « Le développement de la responsabilité de l'État, notamment à l'occasion des lois, n'implique nullement la disparition de la notion de puissance dominante ; il n'est que la conséquence naturelle de cette idée simple que l'État, tout en étant souverain, demeure normalement soumis aux règles de droit qu'il a lui-même créé. Souveraineté signifie bien puissance dominante, mais non affranchie de toute notion de droit. » R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, t. 1, p. 223.

les organes de l'État souverain idéalement distingués selon le principe de la séparation des pouvoirs⁴ usent de leurs prérogatives fondamentales – l'emploi du monopole de la violence physique légitime – conformément aux règles supérieures répartissant leurs compétences et déterminant leurs conditions d'exercice, en soumettant leurs actes à un contrôle juridictionnel, il a ensuite été valorisé pour ses vertus démocratiques. En effet, avec la démocratisation de l'État, il permet non seulement de justifier la subordination de l'administration aux gouvernants, mais encore d'expliquer l'étagement des autorités démocratiques en fonction du degré de généralité de la volonté qu'elles expriment – le constituant, le législateur, les autorités exécutives...-, le conditionnement de la validité des actes pris par chacune au respect de ceux qui leur sont hiérarchiquement supérieurs et de faire du juge chargé du contrôle de leur conformité – à commencer par la juridiction constitutionnelle -, un acteur démocratique incontournable, chargé de faire prévaloir les formes supérieures de la volonté générale dans le cadre d'une « démocratie continue »⁵. Enfin, dans la perspective libérale d'une limitation de tout pouvoir par des règles garantissant les droits et libertés des individus, la notion d'État de droit a été revue pour intégrer l'idée que l'État de droit n'était pas un État soumis à « *n'importe quel droit* »⁶, mais seulement à celui qui consacre les principes démocratiques et assure une réelle prééminence des droits de l'homme⁷. Cette conception remaniée s'est progressivement diffusée en Europe occidentale après la Seconde Guerre Mondiale, où elle a inspiré la création du Conseil de l'Europe⁸ et l'adoption la Convention européenne des droits de l'homme⁹. En France, elle s'est peu à peu imposée à partir des années 1970. Dans une conjoncture idéologique renouvelée, marquée par la dénonciation du totalitarisme, la crise de l'État providence et le succès grandissant de la critique néo-libérale de l'État, elle s'est concrétisée tant dans ses implications organisationnelles – existence de juridictions susceptibles de faire respecter le droit par toutes les autorités étatiques – que juridiques formelles – existence d'un ordre juridique hiérarchisé – et substantielles – existence d'un corpus de droits et libertés fondamentaux effectivement garanties (I). Si cet enracinement de l'État de droit, favorisé par le puissant mouvement de juridicisation qui caractérise les sociétés modernes, a donné davantage d'effectivité aux droits et libertés fondamentales, ses logiques sous-jacentes, les mutations du système démocratique qui accompagnent son essor, ainsi que l'érosion des garanties qu'il apporte suscitent un certain désenchantement (II).

1. L'AFFERMISSEMENT DE L'ÉTAT DE DROIT

Si dès la Révolution française l'exigence de la soumission de l'État au droit est formulée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sa réalisation s'est

⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, 2004, t. 2, p. 8.

⁵ D. Rousseau (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ,

⁶ J. Chevallier, *op. cité*, p. 87.

⁷ Sur la vision néolibérale – synthétisée dans le discours de L. Erhard, en 1948, et son introduction en Allemagne fédérale : M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Gallimard/Seuil, 2004, p. 82 et s.

⁸ Les États signataires du Traité de Londres du 5 mai 1949 lient la consolidation de la paix avec la préservation des « valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ».

⁹ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, *Droit européen des partis politiques*, Ellipses, 2007, p. 7.

longtemps heurtée au triple obstacle constitué par la méfiance des gouvernants à l'égard d'un pouvoir judiciaire¹⁰ qui, sous l'Ancien régime, s'était vigoureusement opposé au pouvoir royal, par la nécessité de consolider l'État et d'assurer sa supériorité en faisant prévaloir la raison d'État sur tout autre considération et l'intérêt général sur les intérêts particuliers, et par les implications du principe démocratique conférant à la volonté générale exprimée par les représentants du peuple, une valeur absolue. Dans ces conditions, la mise en place de juridictions chargées de contrôler la légalité des actes administratifs, de mettre en œuvre la responsabilité administrative, plus encore de vérifier la constitutionnalité des lois et d'engager la responsabilité pénale des dirigeants s'est effectuée très lentement. Seules des juridictions éminemment politiques, étroitement liées à l'exécutif et/ou au législatif, capables de comprendre leurs intérêts, ont pu, progressivement, instaurer une certaine subordination de l'État au droit¹¹. Il a fallu ainsi attendre le début de la Troisième République pour que le Conseil d'État, organe politique par excellence, reçoive la justice déléguée pour traiter le contentieux administratif. Et ce n'est qu'en 1958 qu'a été institué un organe – le Conseil constitutionnel – chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois, qui a dû sortir du rôle étriqué qui lui était initialement assigné – préserver les prérogatives normatives de l'exécutif contre d'éventuels empiètements du pouvoir législatif – et voir ses modalités de saisines révisées et élargies en 1974 pour se métamorphoser peu à peu en une véritable cour constitutionnelle, parachevant l'État de droit. Preuve de la difficile admission de la soumission au droit d'autorités tirant leur supériorité du suffrage universel, malgré le renforcement de leur ancrage institutionnel et de leur légitimité, les juridictions administrative et constitutionnelle sont encore aujourd'hui exposées à l'accusation d'usurper les attributions des pouvoirs législatif et exécutif et de chercher à instaurer un *gouvernement des juges*¹². Alors que l'État de droit commençait à s'établir, il a été entravé, tout au long du XXe siècle par les vicissitudes de l'histoire : les deux guerres mondiales et la guerre d'Algérie ont conduit à se délier, en raison de l'exceptionnalité des circonstances, de certains de ses principes, que le régime de Vichy, répudiant les valeurs républicaines, abandonna purement et simplement ; quant à la Constitution de 1958 autorisant le chef de l'État à exercer une « dictature de salut public »¹³ en cas de crise (art. 16), instituant un pouvoir réglementaire autonome des plus étendu (art. 37), et établissant un mécanisme de délégation du pouvoir législatif ordonnances, elle est apparue à l'origine comme une remise en cause de la conception libérale de l'État de droit, attachée à la séparation des pouvoirs et son corollaire, la hiérarchie des normes. La fin de la guerre d'Algérie, puis l'atténuation de la réaction autoritaire aux événements de 1968 et l'accession au pouvoir de forces politiques plus libérale permettront peu à peu à la

¹⁰L. 16 et 24 août 1790, Tit. II, art 13 « Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ».

¹¹Pour une étude globale de cette justice : F. Bussy, Y. Poirmeur, *La justice politique en mutation*, LGDJ, coll. Systèmes, 2010.

¹²Sur ce que peut avoir de déformant cette notion et sur les spécificités de la production normative prétorienne par rapport à la production gouvernementale et législative : D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », in S. Blondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, 2001, p. 341 et s.

¹³B. François, *La Constitution Sarkozy*, O. Jacob, 2009, p. 77.

juridiction administrative, au Conseil constitutionnel de réinscrire ce nouveau régime dans les principes classiques de l'État de droit et d'en renforcer l'application. A partir des années 1970, l'État de droit a en effet connu des avancées très substantielles, l'action publique étant davantage encadrée et les droits des administrés mieux protégés. Le droit spécial, exorbitant du droit commun¹⁴, dont bénéficie l'administration, au nom des exigences de la raison d'État ou des impératifs de l'intérêt général a perdu de son originalité et les prérogatives et privilèges¹⁵ reconnus aux autorités administratives pour assurer leurs missions et mettre en œuvre les politiques publiques ont connu une sensible érosion. Quand au législateur, il a vu les possibilités de s'affranchir du respect de la Constitution se restreindre à mesure que les possibilités de saisines du Conseil constitutionnel étaient plus largement ouvertes par les réformes constitutionnelles de 1974 et de juillet 2008. L'État de droit s'est ainsi amélioré sur trois plans : la catégorie des actes bénéficiant d'une immunité juridictionnelle a connu une sensible réduction, tandis que le contrôle du juge a été considérablement renforcé (A) et a été effectué à partir de sources enrichies permettant d'assurer une bonne protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (B). Par ailleurs, l'indépendance du juge a été mieux garantie et les principes du procès équitable adoptés (C).

1.1. Généralisation et l'intensification du contrôle des actes

Le juge administratif a poursuivi sous la Ve République, l'élargissement de son contrôle juridictionnel aux actes décisifs qui y échappaient encore¹⁶. Après avoir accepté sous les Républiques antérieures que les règlements d'administration publique¹⁷, les décrets coloniaux¹⁸, et les circulaires réglementaires¹⁹ soient déférés au juge de l'excès de pouvoir, il l'a admis pour les ordonnances prises sur habilitation législative avant leur ratification (C. art. 38), pour les ordonnances du président de la République prises en application d'une loi référendaire²⁰, pour les règlements autonomes et récemment pour les circulaires comportant des dispositions impératives²¹. Dans le même sens, les actes parlementaires, qui, en raison de la séparation des pouvoirs, ne faisaient l'objet d'aucun contrôle juridictionnel sont désormais, pour la plupart susceptibles de faire l'objet d'un recours²².

¹⁴ TC, 8 fév. 1873, *Blanco*.

¹⁵ À commencer par celui d'être jugé par une juridiction particulière : A. Mestres, *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, 1974.

¹⁶ Qu'ils émanent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public, d'une autorité administrative indépendante (CC, 17 janv. 1989), et sous certaines conditions, d'une personne privée gérant un service public administratif.

¹⁷ CE, 6 déc. 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'est*.

¹⁸ CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*. La constitution (Art. 74) autorisant les assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer à prendre des actes intervenant dans le domaine de la loi, les soumet au contrôle juridictionnel du Conseil d'État et prévoit l'intervention préalable du Conseil constitutionnel lorsque ces actes modifient une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité (C. art. 74).

¹⁹ CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*.

²⁰ CE, 15 oct. 1962, *Canal*.

²¹ CE, 16 juin 2008, *Association Vivre et vieillir ensemble en citoyens* ; CE, 18 déc. 2002, *Mme Duvignières*.

²² O. 17 nov. 1958 ; D. Pollet, « Vers une disparition prochaine des actes parlementaires ? », *RDP*, n°3, 2004 ; Sur les litiges relatifs aux pensions des députés qui se « rattachent à l'exercice de la souveraineté nationale » et échappent au juge : CE, 18 juil. 2003, *Maurice X*.

Quant aux mesures d'ordre intérieur et aux actes de gouvernement qui échappent traditionnellement au contrôle juridictionnel, ils connaissent un sensible déclin. Le juge administratif a vidé la première catégorie de sa substance en considérant que toute décision portant atteinte à une liberté fondamentale et ayant une incidence sur la situation d'une personne lui fait grief²³. Celle des actes de gouvernement est aujourd'hui réduite²⁴ aux hypothèses des relations entre les pouvoirs publics constitutionnels²⁵, des actes non détachables des relations internationales²⁶ et diplomatiques²⁷ et, pour l'essentiel, des décisions concernant la défense nationale²⁸. Pour regrettables que soient ces lacunes de l'État de droit²⁹, il semble difficile de les éradiquer complètement et surtout utilement. En effet, si le juge décidait de soumettre ces actes de gouvernement résiduels à son contrôle, il serait amené, dans la plupart des cas, en raison de la nature des activités en cause, à reconnaître aux autorités compétentes un pouvoir d'appréciation si étendu qu'il perdrait toute pertinence. Dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois, la création de la question prioritaire de constitutionnalité par la réforme constitutionnelle de 2008 (C. art. 62) est venue achever l'État de droit³⁰ en permettant l'abrogation, à la demande d'un justiciable lors d'une instance juridictionnelle, de dispositions législatives « portant atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit » entrées en vigueur sans avoir été soumises au Conseil constitutionnel, dont la saisine a priori est facultative.

²³ Il en va ainsi des punitions infligées aux militaires (CE, 17 fév. 1995, *Marie*), de l'exclusion temporaire d'un élève (CE, 2 nov. 1992, *Kherouaa*) et de la mise en cause des libertés et droits fondamentaux des détenus (CE, 14 déc. 2007, *M. Planchenault*).

²⁴ J. Auvret-Finck, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP*, 1995, p. 131 et s.

²⁵ Actes du président de la République : Décrets de dissolution de l'Assemblée nationale, de mise en application de l'article 16, de nomination du premier ministre et des membres du gouvernement, d'organisation du référendum ; nomination d'un membre du Conseil constitutionnel, refus de saisir le Conseil constitutionnel pour contrôler une loi. Actes du premier ministre : refus de demander au président de la République de soumettre un projet de révision constitutionnelle au Congrès, refus de demander un remaniement ministériel ou de réunir le gouvernement afin d'engager une procédure d'empêchement du président de la République. CE, 20 fév. 1989, *Allain* ; CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens* ; CE, 19 oct. 1962, *Brocas* ; CE, 26 fév. 1992, *Allain* ; CE, 9 avril 1999, *Mme Ba* ; CE, 7 nov. 2001, *Tabaka* ; CE, 29 oct. 1999, *Lemaire* ; CE, 16 sept. 2005, *M. Hoffer* ; CE, 22 fév. 2005, *Hoffer* ; CE, 9 oct. 2002, *Meyet et Bouget* ; CE, 8 sept. 2005, *M. Hoffer*.

²⁶ Les opérations d'approbation ou de ratification des traités ne sont plus considérées comme des actes de gouvernement : CE, 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*.

²⁷ Sont désormais détachables le refus d'extradition opposé à la demande d'un État étranger : (CE, 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne*), celui d'assurer la protection diplomatique (CE, 29 janv. 1993, *Mme Bouilliez*) ou diverses décisions d'application d'un traité (CE, 30 juin 1999, *Guichard*). O. Cayla, « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement ? », *RFDA*, n°2, 1999, p. 345-354.

²⁸ Reprise des essais nucléaires, actes de guerre, engagement des forces armées, dans des opérations militaires internationales, autorisation de survol du territoire pour faciliter l'intervention militaire d'un pays allié et mesures de précaution imposées aux individus en temps de guerre : CE, 29 sept. 1995, *Association Greenpeace France* ; CE, 22 nov. 1957, *Myrtoon Steamship* ; CE, 5 juil. 2000, *B. Mégret et J. Mekhantar* ; CE, 30 déc. 2003, *Comité contre la guerre en Irak* ; CE, 23 sept. 1992, *Gisti et MRAP*. Sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la responsabilité de l'Italie liée à des frappes aériennes meurtrières dans le cadre d'une intervention de l'OTA : CEDH, 14 déc. 2006, *Markovic c. Italie*.

²⁹ L. Favoreu, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *RFDA*, 1987, p. 344 et s.

³⁰ Les actes des autorités de l'Union européenne peuvent aussi être contestés devant la Cour de justice de l'Union européenne. Les juridictions nationales peuvent aussi lui renvoyer des questions préjudicielles sur les dispositions des traités ou du droit dérivé des traités qu'elles ont à appliquer.

Par ailleurs, le juge administratif a intensifié son contrôle de légalité, limitant d'autant la liberté laissée aux autorités administratives. Si selon la matière considérée, il le module en exerçant soit un *contrôle minimum*³¹, soit un *contrôle restreint*³² de l'erreur *manifeste d'appréciation*, soit un *contrôle complet*³³, l'évolution d'ensemble l'amène à limiter le champ d'application du contrôle minimum au profit de celui du contrôle restreint, et à élargir le champ d'application du contrôle complet au détriment de celui du contrôle restreint³⁴. Le Conseil constitutionnel, plaçant la loi « sous surveillance »³⁵ tend également à approfondir le contrôle de constitutionnalité dont il a perfectionné les techniques en introduisant le contrôle de l'erreur manifeste et de la proportionnalité³⁶. Il pourrait encore l'améliorer en l'élargissant à de nouvelles hypothèses « d'excès de pouvoir législatif »³⁷, notamment au « détournement de procédure d'élaboration de la loi »³⁸. Ces contrôles plus rigoureux³⁹ ont une portée d'autant plus protectrice que les normes de référence à partir desquelles ils s'effectuent ont été très substantiellement enrichies.

1.2. Diversification et enrichissement des sources

Les règles constitutionnelles et législatives étant initialement très lacunaires en matière administrative, il est revenu au juge administratif de les dégager de façon prétorienne. A défaut de lois applicables, il a ainsi, sous les IIIe et IV République, découvert et imposé aux autorités administratives le respect de nombreux principes généraux du droit consacrant des droits et libertés importantes. Sous la Ve République, le Conseil constitutionnel a consacré, en 1971⁴⁰, la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution⁴¹, qui est la source de la plupart des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État, et a soumis les lois votées qui lui étaient déférées à ses dispositions pertinentes. La richesse des dispositions du préambule – Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principes particulièrement nécessaires à notre temps, principes fondamentaux des lois de la République,

³¹ Comportant la vérification du détournement de pouvoir, de l'erreur de fait et de l'erreur de droit.

³² Qui s'étend à l'erreur manifeste d'appréciation.

³³ Portant sur l'ensemble des motifs, et s'étendant, le cas échéant au choix de la mesure prise, en exigeant sa stricte adéquation CE, 19 mai 1933, *Benjamin*.

³⁴ Pour une illustration récente : CE, 22 juin 2007, *M. Patrick Arfi* ; pour une analyse de l'évolution : B. Seiller, *Droit administratif*, t. 2, Champs, 2005, p. 231 et s.

³⁵ C. Wiener, F. Hamon, *La loi sous surveillance*, O. Jacob, 1999.

³⁶ Sur cette question : Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? » in G. Drago et alii, (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 309-312.

³⁷ G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, 1996 et n°2, 1997.

³⁸ O. de David Beauregard-Berthier, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC*, n°79, 2009.

³⁹ Dans le champ du droit de l'Union européenne, divers recours juridictionnels permettent à la Cour de justice de l'Union européenne, concevant la Communauté comme une *communauté de droit* (CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement Européen*) de faire respecter la hiérarchie des normes européennes. Sur le « pouvoir judiciaire » européen et les différents recours : Ph. Manin, *L'Union européenne*, Pedone, 2005, p. 385 et s.

⁴⁰ CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

⁴¹ Renvoyant à celui de 1946. Sur la valeur de ces dispositions avant 1958 : Y. Poirmeur, « La réception du préambule de la Constitution de 1946 par la doctrine juridique », in G. Koubi, (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996.

auxquelles la révision constitutionnelle de 2005 a ajouté la Charte de l'environnement⁴²- permet de donner à l'État de droit un contenu très substantiel et d'encadrer étroitement l'action des pouvoirs publics.

Longtemps réticent à l'égard des droits international et européen, le juge administratif interprétait de façon très restrictive la portée de l'article 55 de la Constitution consacrant la primauté des traités sur les lois. Renonçant, par étapes successives, depuis une vingtaine d'années, à ces préventions qui devenaient incompatibles avec l'internationalisation du droit, il leur a rendu leur juste place dans la hiérarchie des normes juridiques et en a fait des sources à part entière du droit public, en n'hésitant plus à écarter, par un contrôle de conventionnalité des lois, celles qui leur sont contraires⁴³. Le juge reste toutefois méfiant vis-à-vis des dispositions conventionnelles imprécises et des règles incertaines du droit international coutumier⁴⁴. Quant au droit européen il a été pleinement intégré au droit interne par la constitutionnalisation des rapports de la France et de l'Union européenne⁴⁵. La constitution et son préambule, les traités de l'Union européenne, comportant une Charte des droits fondamentaux, adoptée en 2000, la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁶, les protocoles internationaux conclus sous l'égide de l'ONU en 1966 relatifs pour l'un aux droits civils et politiques, et pour l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels⁴⁷ et les principes généraux du droit consacrent un vaste ensemble de droits fondamentaux que l'État est tenu de respecter. Lorsque ceux qui sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, font l'objet d'une violation que ne sanctionnent pas les juridictions internes, la Cour européenne des droits de l'homme peut, sur requête de la victime, condamner l'État pour son ingérence contraire à la Convention. A cet égard, la Cour de Strasbourg joue un rôle crucial dans le renforcement de l'État de droit en déclinant les garanties qui s'attachent au principe de la prééminence du droit – droit à ce que sa cause soit entendue, droit à un procès équitable, qualité suffisante de la

⁴²Loi Constitutionnelle n°2005-205, 1^{er} mars 2005 ; les lois (CC, 28 avril 2005, n°2005-514, *Registre international français de l'immatriculation des navires* ; CC, 18 juin 2006, déc. n°2008-564, *OGM*) et règlements (CE, 26 sept. 2008, *Commune d'Annecy*) doivent s'y conformer.

⁴³ La responsabilité de l'État peut être engagée en raison de l'inconventionnalité de la loi : CE, 2007, *Gardedieu*.

⁴⁴ CE, 23 avril 1997, *Gisti* ; CE, 6 juin 1997, *Aquarone*. Il faut souligner à cet égard que comme la France a retenu un système dualiste, le droit international doit en principe être intégré dans l'ordre juridique interne par les procédures prévues à l'article 55 de la Constitution. Ces rapports sont régis par une jurisprudence complexe : CE, 3 nov. 1999, *Groupement de défense des porteurs de titres russes* ; CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*. La CJCE se montre aussi très réservée à l'égard du droit international : elle s'assure ainsi que les actes communautaires pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre 7 de la Charte des nations unies, ne sont pas contraires aux « principes constitutionnels inhérents à l'ordre juridique communautaire » : CJCE, 3 sept. 2008, *Kali*, aff. C-402/058.

⁴⁵Art. 88. 1 de la Constitution, CC, 10 janv. 2004, déc. n°2004-496, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, § 7 ; CE, 8 fév. 2007, *Société Arcelor et autres*.

⁴⁶ Signée le 4 novembre 1950 et ratifiée le 3 mai 1974, elle est complétée par plusieurs protocoles additionnels. La Cour de justice des communautés européennes en a intégré les normes dans le champ du droit communautaire en les érigeant en principes généraux du droit communautaire (CJCE, 1975, *Rutili*). Le Traité de Maastricht a explicitement consacré cette solution (art. 6 § 2).

⁴⁷ Du 16 décembre 1966. Ils ont été ratifiés par la France (lois d'autorisation du 25 juin 1980) et sont donc intégrés au droit positif, à la différence de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948).

loi⁴⁸, qui doit être accessible et prévisible pour assurer une protection suffisante contre l'arbitraire⁴⁹. Plus fondamentalement encore, en réduisant progressivement l'autonomie constitutionnelle des États dans les restrictions qu'ils peuvent apporter aux droits fondamentaux garantis par la Convention, elle consacre leur intangibilité et les place dans une sorte de supraconstitutionnalité par laquelle les États-parties, pourtant souverains, sont liés. Cette évolution s'inscrit dans le mouvement plus large d'humanisation du droit international⁵⁰ qui s'accompagne de la reconnaissance qu'indépendamment de tout engagement juridique, les États sont liés par une « obligation générale de respect »⁵¹ des droits de l'homme et ont des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble découlant « de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits de la personne humaine y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁵². L'intangibilité de ces droits, constitutifs de l'ordre juridique international a conduit à ce que le droit international pénal incrimine leurs violations les plus graves⁵³ par les individus – essentiellement des dirigeants politiques, des militaires et des administrateurs délinquants – et à ce que soit créée une juridiction pénale internationale permanente – la Cour pénale internationale (1998) – pour en connaître lorsque les États n'assurent pas leur compétence pour les sanctionner.

1.3. Respect du droit à un procès équitable

Il ne suffit pas qu'une hiérarchie des normes soit prévue par la constitution, ni que des droits fondamentaux soient formellement garantis par les textes supérieurs pour établir un État de droit : il faut qu'existe de véritables juridictions indépendantes des pouvoirs législatif et exécutif pour leur en imposer le respect. A cet égard, on assiste en France, où les interférences du politique avec la justice sont nombreuses, à une mise en conformité des juridictions avec les standards européens du droit à un procès équitable retenus par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, afin de s'assurer que le principe posé par l'article 6. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel « toute personne a le droit que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) » est bien respecté, elle recourt à un faisceau de critères, qui constituent autant d'obligations que les juridictions doivent satisfaire. Elle estime que « pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant - notamment à l'égard de l'exécutif et des parties » elle doit examiner quels sont le mode de désignation et la durée du mandat des membres, s'il existe des garanties contre des pressions extérieures, et « s'il y a ou non apparence d'indépendance »⁵⁴. En ce qui concerne la juridiction administrative, dont le principe de

⁴⁸ CEDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, § 67.

⁴⁹ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, § 30.

⁵⁰ Pour une analyse de ce processus : F. Bussy, Y. Poirmeur, *La justice politique en mutation*, LGDJ, 2010, p. 184 et s.

⁵¹ Pour une étude de son étendue : O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004.

⁵² CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*, § 34.

⁵³ Crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crime d'agression (encore à définir) : statut de la CPI, art.5.

⁵⁴ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, §78.

séparation de l'administration active »⁵⁵ s'est difficilement imposé et dont l'indépendance⁵⁶ avait dû être vigoureusement réaffirmée par le Conseil d'État dans les premières années de la Ve République face à un exécutif fort qui entendait disposer des pouvoirs les plus étendus pour faire face aux séquelles de la guerre d'Algérie, son indépendance⁵⁷ mais aussi sa compétence pour sanctionner l'illégalité des décisions prises dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique⁵⁸ ont finalement été constitutionnalisées par le Conseil constitutionnel comme résultant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Quant à son fonctionnement, il a été récemment revu⁵⁹ pour se conformer à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui impose une séparation stricte des fonctions consultatives et juridictionnelles⁶⁰ et une absence du commissaire du gouvernement au délibéré⁶¹.

Quant au Conseil constitutionnel de création récente, il n'a véritablement commencé à manifester des velléités d'indépendance⁶² qu'à partir de sa décision fameuse de 1971 procédant au « sauvetage » de la liberté d'association et en invalidant une disposition législative voulue par le gouvernement et sa majorité. Par la suite, la multiplication des saisines parlementaires⁶³ rendue possible par la réforme de 1974 et favorisée par les alternances lui ont fourni la possibilité, malgré la désignation politique de ses membres⁶⁴, l'appartenance à vie des anciens présidents de la République, sa saisine réservée jusqu'à la réforme de 2008 aux politiques, et son fonctionnement opaque, de se forger l'image d'une institution indépendante et neutre, capable de donner tort ou raison à l'opposition du moment en se fondant sur des considérations juridiques. Son « investissement dans la juridicité »⁶⁵ et le crédit acquis auprès des parlementaires⁶⁶ par ses décisions, lui ont donné l'apparence d'une véritable cour constitutionnelle⁶⁷. La création de la procédure permettant de soulever une question prioritaire de constitutionnalité accentue cette métamorphose : la procédure applicable à son examen prévoit le respect du contradictoire, la publicité des audiences, et la motivation des décisions⁶⁸.

⁵⁵ J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970

⁵⁶ Sur son admission : F. Bussy, Y. Poirmeur, *op. cit.*

⁵⁷ CC, 22 juillet 1980 ; CC, 12 septembre 1984.

⁵⁸ CC, 23 janvier 1987, déc. n°86-224.

⁵⁹ Décret 6 mars 2008.

⁶⁰ CEDH, 28 septembre 1995, *Protocola c. Luxembourg*. J.-L. Autin, F. Sudre, « La dualité fonctionnelle du Conseil d'État en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *Protocola c. Luxembourg* du 28 septembre 1995 », *RFDA*, 1996, p. 779.

⁶¹ CEDH, 7 juin 2001, *Mme Kress c. France* ; CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France*.

⁶² L'indépendance de ses membres est juridiquement bien établie puisqu'ils sont désignés pour 9 ans et ne sont ni renouvelables (C. art. 56), ni révocables, et sont soumis à diverses incompatibilités de fonctions (Loi organique 19 janvier 1995). C'est leur choix politisé qui pose problème et que ne saurait empêcher la nouvelle procédure d'avis public de la ou des commissions parlementaires compétentes introduite par la réforme constitutionnelle de 2008 pour les nominations effectuées par le président de la République et les présidents des Assemblées. Pour une dénonciation des derniers choix effectués : M.-L. Basilien-Gainche, P. Blachère, F. Chaltiel, B. François, J.-P. Heurtin, « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 2 mars 2010.

⁶³ Entre 2000 et 2008, 30% des lois ont été soumises à son contrôle ; en 2009, 71% des 32 lois votées lui ont été déférées.

⁶⁴ Par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat (Constitution, art.56).

⁶⁵ B. François, « Une revendication de juridiction », *Politix*, n°10-11, 1990.

⁶⁶ Y. Poirmeur, « Des raisons de croire et de douter : la légitimité du Conseil constitutionnel pour les parlementaires », in P. Jan, J.-P. Roy, (dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, 1997.

⁶⁷ D. Rousseau, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? » *Mélanges J. Gicquel*, Montchrestien, 2008, p.468 ;

⁶⁸ Loi organique du 10 décembre 2009, art. 23-10 et 23-11.

Au terme de cette évolution, le modèle de l'État de droit s'est concrétisé au point de devenir « hégémonique »⁶⁹. Toutefois à mesure qu'il s'impose sur les plans formel – existence d'une hiérarchie des normes –, substantiel – protection des droits de l'homme – et institutionnel – existence de juridictions assurant la police de l'ordre juridique – et devient plus effectif, les processus dont il est le produit et que son instauration enclenchent ont de profondes incidences sur la société qui provoquent, par contrecoup, son désenchantement.

2. LE DÉSENCHANTEMENT DE L'ÉTAT DE DROIT

Alors que l'État de droit est valorisé pour sa capacité à rationaliser juridiquement l'État, à faire prévaloir la volonté des autorités démocratique légalement désignées et à protéger les droits et libertés des individus contre les dynamiques liberticides qui seraient en germe en tout État, sa concrétisation est loin d'avoir ces vertus qui lui sont généralement prêtées. Les critiques avancées qui varient avec le spectre des attentes idéologiques⁷⁰ investies dans le concept omnibus d'État de droit, relèvent de trois registres principaux. C'est d'abord la logique de rationalisation de la société et de l'État par le droit qui se révèle défailante (A). C'est ensuite la légitimité de la production normative qui s'érode dans les circuits opaques d'une « démocratie continue » et d'une « gouvernance européenne » (B). Ce sont enfin la sélectivité des droits effectivement protégés et les carences des protections apportées qui suscitent une certaine méfiance (C).

2.1. Les effets pervers de la juridicisation

Participant des processus de rationalisation à l'oeuvre dans les sociétés modernes, le développement de l'État de droit induit une juridicisation et une judiciarisation toujours plus poussée de l'action publique qui n'est pas sans effets pervers. Alors que les centres de production normative se diversifient sous l'effet du quadruple mouvement d'internationalisation, d'eupéanisation, de décentralisation et de création d'autorités de régulation indépendantes et que l'articulation des règles ainsi élaborées se complexifie, on assiste en effet à une prolifération normative sans précédent. La volonté d'encadrer juridiquement l'ensemble des processus sociaux, de régir toutes les situations et d'orienter chaque comportement, assez surprenante dans une démocratie libérale dont l'ordre juridique est théoriquement centré sur l'autonomie de la volonté, qui est l'« expression juridique de la liberté individuelle »⁷¹, provoque une expansion continue du corpus juridique, qui n'est pas sans rappeler la démarche normalisatrice des régimes

⁶⁹ J. Chevallier, *L'État de droit, cité*, p. 112. et s.

⁷⁰ Sur ce spectre : F. Dubois, M. Enguéléquélé, G. Lefèvre, M. Loïselle, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel français », in J. Chevallier (dir.), *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993.

⁷¹ D. Lochak, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », in J. Chevallier, (dir.), *L'institution*, PUF, 1981, p. 162.

totalitaires⁷². Pour appréhender des réalités souvent complexe et rétives à toute entreprise de codification et pour améliorer les chances qu'il soit appliqué, le droit est adapté et sa consistance ajustée : on a de plus en plus recours à des standards juridiques, à des règles floues ou à géométrie variable, quand il ne s'agit pas de simples recommandations de portée incertaine. La sensibilisation au principe de précaution, le souci de réduire les risques d'être à l'origine d'un dommage et la crainte – avec le développement de la pénalisation, d'avoir à en répondre devant la juridiction pénale, favorisent aussi ce phénomène de juridicisation, la règle de droit étant conçue comme un instrument de réduction du risque et de rétablissement de l'ordre dans une société avide de sécurité. Cependant cette profusion normative et l'effort fébrile pour adapter le droit à des réalités aussi complexes que mouvantes ne sont pas sans affaiblir les attendus fondamentaux de l'État de droit que sont les exigences de stabilité et de sécurité juridiques. En effet, la qualité du droit est gravement affectée par cette production normative aussi débridée qu'instable. Le rôle accru du juge dans la découverte⁷³ et l'interprétation des normes participe de cette dérive et de la perte de la prévisibilité du droit, dans la mesure où, face à des règles dont la teneur est incertaine et difficiles à interpréter, c'est seulement au moment où il les applique que leur sens exact est connu⁷⁴. De plus en plus jurisprudentiel, combinant des dispositions d'origines divers – nationales, européennes, internationales – le droit est en certaines matières si compliqué que seuls des spécialistes peuvent en saisir la signification et les implications. Consubstantiels de l'idée même d'État de droit, les principes d'accessibilité, d'intelligibilité et de sécurité juridique sont loin de commander le fonctionnement concret de l'ordre juridique qui se décentre vers le juge. Rappelés par le Conseil constitutionnel⁷⁵ et le Conseil d'État⁷⁶, ces principes ne sauraient, en tant que tels, contrebalancer les profondes dérives des mécanismes de la production normative et de la définition du contenu du droit positif qui tiennent non seulement à l'inexorable dynamique de rationalisation juridique des sociétés modernes et à la transformation de la normativité qu'elle entraîne, mais aussi et surtout, à la nature même de l'État de droit comme *État soumis au contrôle du juge*.

⁷² Ce qui frappe dans ce vaste mouvement de codification, ce n'est pas seulement la multiplication des normes : c'est aussi l'évolution de leur qualité. A la normalisation négative toujours plus riche en prohibitions, mais qui se borne à proscrire certaines actions, s'ajoute aujourd'hui une normalisation positive en expansion constante qui prescrit des comportements, des attitudes voire des sentiments à éprouver et exige leur adoption. Il ne s'agit plus seulement de s'abstenir de faire : il faut aussi se conformer à des modèles comportementaux définis par des réseaux de normes très denses, destinés à canaliser les désirs de tous vers des satisfactions socialement et économiquement fonctionnelles. Ces normes prescriptives sont caractéristiques du droit des régimes totalitaires : H. Arendt, *Le système totalitaire*, Seuil, 1972, p. 213.

⁷³ Notamment « la création continue de droits et de libertés » et l'ajout dans le bloc de constitutionnalité, de principes et d'objectifs de portée variable : D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 307 et s.

⁷⁴ Plus exactement, ce n'est qu'une fois toutes les voies de droit épuisées que la règle applicable et sa signification exacte sont déterminées.

⁷⁵ Il s'agit d'objectifs de valeur constitutionnelle : CC, 16 décembre 1999 ; CC, 26 juin 2003.

⁷⁶ CE, 24 mars 2006, *Société KPMG* : le principe de sécurité juridique exige de prévoir des mesures transitoires lors de la substitution d'une réglementation nouvelle.

2.2. La relativisation de la démocratie

En limitant peu à peu la liberté d'action des pouvoirs législatif et exécutif, et plus largement, avec son internationalisation, l'autonomie constitutionnelle et la souveraineté de l'État, le développement de l'État de droit remet en cause l'idéologie démocratique, particulièrement prégnante en France, de la toute puissance du pouvoir politique issu de l'élection et le dogme traditionnel de la souveraineté parlementaire et de la perfection de la loi, expression de la volonté générale. La relativisation de la légitimité électorale par celles liées à l'expertise, à la neutralité, à l'indépendance⁷⁷ et à la conformité au droit ont permis de faire du juge une figure centrale d'une démocratie philosophiquement redéfinie comme communicationnelle et procédurale⁷⁸ et conceptualisée par la doctrine juridique comme « démocratie continue »⁷⁹. Si dans le processus communicationnel de la production normative et de l'application des décisions, les droits et libertés fondamentales sont susceptibles d'être pris en compte et mieux protégés, ces évolutions, combinées à la multiplication des centres de production normatives – notamment ceux de l'Union européenne – à laquelle de considérables transferts de souveraineté ont été consentis –, induisent un effacement progressif du pouvoir étatique démocratiquement constitué comme centre d'exercice d'une volonté souveraine capable de s'imposer effectivement. Ce jeu politique complexifié faisant intervenir des acteurs aux compétences fragmentées, aux légitimités diversifiées et aux rationalités limitées – au premier rang desquels le juge constitutionnel – dans les méandres institutionnels d'une gouvernance polycentrique, ramenant l'ancienne puissance publique au simple rôle d'« agent régulateur »⁸⁰, ne fait que précipiter le discrédit du politique, confirmer son impuissance « face au travail d'émancipation croissante du capital trans-national des contraintes étatiques »⁸¹ et attiser une crise généralisée de la

⁷⁷ Sur le déclin de la souveraineté, la séparation du pouvoir et de l'autorité et la montée en puissance des autorités de régulation : A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 228 et s. Le discrédit du politique est aussi le fruit du travail d'émancipation du capital transnational des contraintes étatiques. Les États sont ainsi pris entre les logiques de transnationalisation dépolitisantes et de renationalisation impliquant une « re-politisation de la politique » : U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs, 2009, p.315 et s, spécialement, p. 390 et s.

⁷⁸ J. Habermas, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997 : « Dans l'État de droit conçu dans les termes d'une théorie de la discussion, la souveraineté du peuple ne s'incarne plus dans une assemblée concrètement identifiable de citoyens autonomes. Elle se retire dans les cycles communicationnels, pour ainsi dire, sans sujets, des débats publics et des organismes. Ce n'est que sous cette forme anonyme que le pouvoir rendu fluide par la communication peut lier le pouvoir administratif de l'appareil d'État à la volonté des citoyens. (...) Dans l'État de droit démocratique, le pouvoir se différencie, d'un côté, en pouvoir fondé sur la communication et, de l'autre en pouvoir administratif. Dans la mesure où le pouvoir du peuple ne se concentre plus dans une collectivité, au sens de la présence physiquement perceptible des citoyens réunis ou de leurs représentants rassemblés, mais s'affirme à travers une circulation de consultations et de décisions rationnellement structurées, la phrase selon laquelle il ne saurait y avoir de souverain dans l'État ne peut guère être contestée. Mais il faut préciser cette interprétation afin de ne pas priver la souveraineté populaire de son contenu radical démocrate. », p. 154.

⁷⁹ D. Rousseau (dir.), *La démocratie...*, *op. cit.*

⁸⁰ G. Hermet, A. Kazancigil, « Introduction », in G. Hermet, A. Kazancigil, J.-F. Prud'homme (dir.), *La Gouvernance. Un concept et ses applications*, Karthala, 2005, p. 9.

⁸¹ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Champs, 2009, p.315 et s, spécialement, p. 390 et s.

représentation⁸². Réduisant la portée des alternances politiques et donnant plein effet au droit de l'Union européenne - profondément inspiré par le néo-libéralisme - l'État de droit limite finalement la capacité des majorités gouvernementales à mettre en œuvre des politiques autres que libérales et accélère ainsi le démantèlement des dispositifs de protection sociale institués par l'État providence⁸³ en les subordonnant à l'ordre du marché⁸⁴.

2.3. La vulnérabilité des droits de l'homme

L'amélioration continue de la protection des droits et libertés liée à la mise en place et à l'approfondissement de l'État de droit, sur laquelle le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme ont bâti leur légitimité rencontre aujourd'hui ses limites, ce qui n'est pas sans susciter certaines désillusions doctrinales. La première tient au fait que la généralisation des contrôles juridictionnels n'entraîne pas nécessairement une meilleure protection des droits de l'homme ni la reconnaissance de libertés plus étendues. Tenus par des dispositions textuelles, les juridictions ont une marge d'interprétation limitée ; placées dans le circuit communicationnel de la démocratie procédurale, elles sont exposées à voir leurs décisions publiquement contestés par les politiques ; et, comme elles ne contrôlent que partiellement le processus de production normative, il est toujours possible que le législateur ou le constituant, mécontents d'une jurisprudence, modifient la loi ou la constitution pour la neutraliser⁸⁵. Force est aussi de constater que les juges se montrent tout aussi sensibles que les gouvernants aux exigences pratiques de l'action publique et qu'ils modulent leur contrôle en fonction des difficultés qu'elle présente. Surtout, en cas de circonstances exceptionnelles ou en « période de stress »⁸⁶, où la sûreté de l'État ou la sécurité des biens et des personnes est menacée, les juridictions admettent facilement⁸⁷ les restrictions drastiques aux droits et libertés prises par le gouvernement⁸⁸, et au nom de la raison d'État, des législations d'exception liberticides. C'est seulement lorsque la situation s'est

⁸² Sur cette crise : Y. Poirmeur et D. Rosenberg, *Droit des partis politiques*, Ellipses, 2010, p. 413 et s. Sur le sentiment d'impuissance du politique parmi les autres facteurs de la *crise continue de la représentation* : Y. Sintomer, *Le pouvoir au peuple*, La Découverte, 2007, p. 20 et s.

⁸³ Pour une démonstration convaincante de cette déconstruction de l'État providence par la mise en concurrence européenne des législations sociales : A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 68 et s.

⁸⁴ Cher à F.-A. Hayek, *Droit, législation, liberté*, TII, *Le mirage de la justice sociale*, PUF, 1976.⁸⁵ Des révisions constitutionnelles sont ainsi intervenues pour briser l'opposition du Conseil constitutionnel à la limitation du droit d'asile (Loi constitutionnelle du 25 novembre 1993 ; v. F. Julien-Laferrière, « Le droit d'asile enterré à peine découvert », in G. Koubi (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946*, PUF, 1996) et à l'instauration de quotas pour établir la parité (Loi constitutionnelle du 8 juillet 1999).

⁸⁶ Sur la spécification de ces situations distinctes du temps de crise et du temps ordinaire et la réserve du juge : M. Rosenfeld, « La pondération judiciaire en temps de stress : une perspective constitutionnelle comparative », in H. Laurens, M. Delmas-Marty, (dir.), *Terrorismes*, CNRS Éditions, 2010.

⁸⁷ M. Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in S. Théodorou (dir.), *L'État d'exception dans tous ses états*, Marseille, Parenthèses, 2007.

⁸⁸ Le Conseil d'État a élaboré une théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles, et applique une légalité très assouplie pendant toute leur durée (CE, 28 fév.1919, *Dames Dol et Laurent*). Ainsi, pour assurer la sécurité et l'ordre public, des mesures de police plus rigoureuses peuvent être prises ; pour maintenir la continuité des services publics, le gouvernement peut prendre des mesures relevant du domaine de la loi, les autorités administratives ne pas respecter la répartition des compétences entre elles et se dispenser de suivre les formes

normalisée qu'elles resserrent leur contrôle et neutralisent, dans la mesure où elles le peuvent, la législation d'exception⁸⁹. Surtout en l'absence de toute circonstance exceptionnelle, la montée du péril terroriste conduit de plus en plus d'États libéraux, avec le consentement des populations saisies par la peur, à admettre d'importantes restrictions permanentes soient apportées aux libertés publiques et à la libre circulation des personnes de par le monde, que des traitements discriminatoires soient infligés aux individus supposés à risques, que des systèmes de fichage et de surveillance – aujourd'hui biométriques⁹⁰ – soient créés, malgré les atteintes aux libertés individuelles dont ils sont potentiellement porteurs, et même que soient parfois instituées des zones de non droit, dans lesquelles sont détenus ceux qu'on soupçonne de terrorisme⁹¹. La France n'échappe pas à ce mouvement et le Conseil constitutionnel a ainsi validé des lois consacrant de profondes régressions de divers droits fondamentaux⁹². Reconnaisant les exigences du maintien de l'ordre et de la sécurité publique pour contrer les nouvelles formes de criminalités, il a abandonné sa jurisprudence⁹³ s'opposant à ce que le législateur abroge une disposant comportant une garantie sans la remplacer par une autre de nature équivalente⁹⁴ et a permis, sans coup férir, le durcissement de la législation pénale⁹⁵. Les conséquences tragiques des actes terroristes justifient ainsi l'adoption de mesures préventives et la création d'infractions vaguement définies, mais au risque de voir se multiplier les dérives liberticides⁹⁶.

prescrites pour un acte. Et si l'administration est dans l'impossibilité d'agir, des personnes sans lien avec elle, des fonctionnaires de fait, peuvent exercer ses pouvoirs. (CE, 28 juin 1918, *Heyries* ; TC, 27 mars 1952, *Dame de la Murette* ; CE, 12 juil. 1969, *Chambre de commerce et d'industrie de Saint-Étienne* ; CE, 7 juin 1944, *Lecocq*). Par ailleurs, deux lois permettent aussi d'accroître les pouvoirs de police en cas de circonstances exceptionnelles (L. 9 août 1849, sur l'état de siège ; L. 3 avril 1955, sur l'état d'urgence) ; quand à la Constitution elle permet au président de la République d'exercer les pleins pouvoirs « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu » (art. 16). La Convention européenne des droits de l'homme autorise l'adoption de mesures dérogeant aux obligations qu'elle consacre en cas de circonstances exceptionnelles (art. 15).

⁸⁹ Sur l'application de la législation d'exception américaine après les attentats du 11 septembre : R. Harvey, H. Volat, *USA Patriot Act*, Éd. Lignes et Manifestes, 2006 ; M. Terestchenko, *Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*, La Découverte, 2008.

⁹⁰X. Crettiez, P. Piazza, (dir.), *Du papier à la biométrie*, Presses de Sciences Po, 2006.

⁹¹ Symbolisés par Abou-Graïb et Guantanamo

⁹² Il en va ainsi de la liberté d'aller et venir, dont sa jurisprudence faisant de l'ordre public (CC, 27 juil. 1982, déc. n°82-141 ; CC, 23 juil. 1996, déc. 96-380) un objectif de valeur constitutionnelle et laissant au législateur une large marge de manœuvre pour l'atteindre, a permis depuis la loi Sécurité et liberté de 1981, le lent grignotage par une succession de textes de plus en plus sécuritaires.

⁹³ CC, 2 mars 2004, déc. 2004-492, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (L. 9 mars 2004, dite Perben II). L'effet de cliquet était clairement invoqué dans la requête.

⁹⁴Ces régressions longtemps déniées par les néo-constitutionnalistes, étaient tout à fait prévisibles car les juges ne sont pas isolés de la société et qu'ils sont affectés par ses logiques structurales: Y. Poirmeur, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? » in G. Drago et alii, (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999. Sur ces illusions perdues et le lent glissement vers la déraison : M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, p. 142 et s.

⁹⁵ Sur cet « emballement » législatif depuis 2001 : M. Delmas-Marty, *op. cit.*, 2010, p. 21.

⁹⁶ Les critères d'anormalité et de dangerosité évoqués par le ministre de l'intérieur dans l'affaire de Tarnac – ne pas posséder de téléphone portable, avoir de bonnes relations avec ses voisins, adopter le mode de vie des paysans, et, pour faire bonne mesure, lire des livres en vente libre – révèlent le puissant instrument de normalisation totalitaire que représenterait, en de mauvaises mains, la multiplication de ce genre d'incriminations dont les éléments constitutifs ne sont ni strictement, ni clairement identifiés. V. « L'obsession de l'ultra-gauche » *Le Monde*, 31 décembre 2008.

À « l'ère du libéralisme autoritaire »⁹⁷, la relativisation des droits fondamentaux ne tient pas aux seules nécessités de la lutte contre le terrorisme. Elle résulte de plusieurs logiques différentes mais convergentes qui font de la sécurité et de la sûreté des valeurs primordiales justifiant la généralisation de l'encadrement juridique des conduites. La première tient paradoxalement à l'impuissance des gouvernants qui, incapables de traiter les grands problèmes économiques et sociaux auxquels ils sont confrontés, dans un contexte de *virtualisation de l'État*⁹⁸, s'efforcent de démontrer qu'ils conservent leur raison d'être fondamentale : assurer la protection des populations. Chaque événement dramatique, chaque fait divers emblématique, toute apparition ou d'un risque inquiétant⁹⁹ devient le prétexte à la création d'obligations nouvelles, à la pénalisation du comportement identifié comme dangereux ou au renforcement de la législation pénale défectueuse¹⁰⁰. La seconde logique, convergeant avec le « populisme pénal »¹⁰¹, est la diffusion des valeurs de précaution. L'objectivation statistique dans tous les domaines, de l'existence de conduites à risques pour soi-même ou pour les autres constitue une sorte d'habilitation de l'État à intervenir pour proscrire, pour prescrire et pour prendre des mesures de sûreté. Dans tous les domaines où une dangerosité apparaît, la législation ne fait que se renforcer et se complexifier¹⁰². Et en matière pénale, cette dangerosité a conduit à admettre la rétention de sûreté des personnes ayant une « probabilité très élevée de récidive » et « un trouble très grave de la personnalité »¹⁰³, une fois leur peine purgée, ce qui s'éloigne sensiblement de la conception libérale classique de l'État de droit¹⁰⁴. Même si ces règles sont posées avec les meilleures intentions du monde (brider la liberté des uns pour préserver des droits fondamentaux des autres), elles peuvent, par leur prolifération, devenir oppressives¹⁰⁵, surtout lorsqu'on s'appuie, pour les imposer sur le concept particulièrement malléable de dignité humaine¹⁰⁶, en l'érigeant, aux côtés de la sécurité, de la tranquillité et

⁹⁷ D. Salas, « Le droit pénal à l'ère du libéralisme autoritaire », in M. Massé, J.-P. Jean, A. Giudicelli (dir.), *Un droit pénal postmoderne ?* PUF, 2009, p. 112 et s.

⁹⁸ R. Rosecrance, B. Badie, P. Hassner, P. de Senarclens, *Débat sur l'État virtuel*, Presses de Sciences Po, 2002.

⁹⁹ Parfaitement illustré par la récente menace de pandémie grippale.

¹⁰⁰ Une vingtaine de lois destinées à renforcer la sécurité ont été ainsi votées depuis l'an 2000 ! Cette pénalisation de la société - de la criminalisation de certaines formes de luttes sociales à celle de la folie, en passant par l'élargissement des possibilités de poursuivre des mineurs toujours plus jeunes - sur laquelle N. Sarkozy a construit sa popularité - n'a pour seule exception que la grande délinquance économique que d'aucuns souhaitent, malgré les ravages que partout elle occasionne, dépénaliser.

¹⁰¹ D. Salas, art. cit., p. 113.

¹⁰² À travers cette intensification du quadrillage normatif, c'est un véritable biopouvoir qui s'exerce. Réalisant une codification toujours plus poussée du corps et de ses usages, le droit devient plus que jamais un instrument disciplinaire destiné à fabriquer des corps dociles, à définir des corps conformes et à redresser les corps déviants.

¹⁰³ Code de procédure pénale art. 706-53-13.

¹⁰⁴ M. Delmas-Marty, *op. cit.* p. 28-29.

¹⁰⁵ Ce risque est d'autant plus grand que la culture généralisée de la prévention, redoublant la logique économique de la gestion par la maîtrise des coûts (J.-P. Legoff, *La barbarie douce*, La Découverte, 1999), favorise la multiplication dans toutes les organisations de procédures standardisées destinées à rationaliser les comportements en faisant émerger un « homme procédural » (E. Diet, « L'homme procédural. De la perversion sociale à la désubjectivation aliénante », *Connexions*, n°79, 2003) adapté aux situations complexes et respectant des protocoles entièrement normalisés.

¹⁰⁶ Le Conseil constitutionnel considère « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » comme un principe de valeur constitutionnelle : CC, 27 février 1994, déc. n°94-343/344.

de la salubrité publiques, en composante de l'ordre public¹⁰⁷. En raison du caractère absolu de cette notion, un individu ne saurait renoncer à ce que la dignité humaine soit protégée dans sa personne, dans la mesure même où, consubstantielle de l'humanité des hommes, y porter atteinte est radicalement contraire aux valeurs de toute société. Son invocation extensive et incontrôlée pourrait ainsi progressivement fragiliser les droits de l'homme. Subordonné à l'existence même de l'État et à sa survie, l'État de droit ne saurait être sans faille¹⁰⁸ ni « sans exceptions légales à sa propre loi »¹⁰⁹. Il ne saurait non plus garantir absolument des droits et libertés historiquement acquis par des luttes successives¹¹⁰ et dont la protection est tributaire non seulement de l'existence de juridictions suffisamment indépendantes pour les sortir de leur virtualité, mais surtout, en dernier ressort, des rapports de forces économiques et politiques¹¹¹ et de la capacité de leurs bénéficiaires à les faire valoir par leur action : il n'est donc pas très surprenant qu'il ne soit qu'un idéal des plus difficiles à atteindre et des plus faciles à contourner.

¹⁰⁷ CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge* (affaire du « lancer de nain »). A la différence des autres composantes de l'ordre public, la légalité d'une interdiction fondée sur un fait attentatoire à la dignité n'est pas conditionnée par des circonstances locales, la dignité ayant un caractère absolu et universel.

¹⁰⁸ J. Chevallier évoque des « brèches dans la juridicité » qui « réapparaissent sans cesse », souligne son « inachèvement et son incomplétude », liés à d'inévitables « accommodements avec le réel », *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁹ G. Lavau, « À propos de trois livres sur l'État », *RFSP*, n°2, 1980, p. 408.

¹¹⁰ N. Bobbio, *L'Èta dei diritti*, Torino, Einaudi, 1987, p. XIII.

¹¹¹ Pour deux analyses des rapports de classes sous les droits constitutionnellement proclamés : F. Lassalle, *Qu'est-ce qu'une constitution ?*, K. Marx, *La constitution de la République française de 1848*, Sulliver, 1999.